

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSGRADOS Y DE EDUCACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

**LAS CLAUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DE APOORTE:
UN RÉGIMEN ATÍPICO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA**

LÍNEA CENTRAL

DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA INCLUSIÓN SOCIAL

LÍNEA PRIMARIA

TEORÍA DEL DERECHO, DE LA JUSTICIA Y DE LA POLÍTICA

AUTOR:

CARLOS ILICH VIANA ZULUAGA

BOGOTÁ

2017

CONTENIDO

INTRODUCCION

PROBLEMA E HIPOTESIS

OBJETIVOS

Objetivo General

Objetivos Específicos

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos de la Investigación (RAI) No. 1

Resúmenes Analíticos de la Investigación (RAI) No. 2

Resúmenes Analíticos de la Investigación (RAI) No. 3

EVOLUCION DE LA CONTRATACION ESTATAL: 19

Surgimiento del contrato atípico 19

Generalidades de los contratos atípicos 21

Los contratos atípicos en el derecho público 24

LA LEGITIMIDAD DEL REGIMEN CONTRACTUAL DE APORTES 28

Noción de contrato de aportes 28

Naturaleza de los contratos de aportes 29

Características de los contratos de aportes 33

Normatividad del régimen especial de aportes 34

¿Son legítimas las normas que regulan el contrato de aporte? 36

LA APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EXORBITANTES EN EL

CONTRATO DE APORTE 42

CONCLUSION

ENFOQUE METODOLOGICO

REFERENCIAS

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá, Febrero 27 de 2017

DEDICATORIA

A Dios, por darme la vida y la sabiduría para poder cumplir un objetivo más en el ámbito personal y profesional.

A Aida Margarita, mi esposa, por estar apoyándome en todo momento, por ser mi guía, mujer luchadora incansable, inteligente, a quien admiro y agradezco su entrega al momento de transferir sus conocimientos.

A mis padres, a quienes amo infinitamente por darme la vida y apoyarme en todo momento.

A mis hijas, Emily Carolina, Karla Isabel y Mary Ángel, para las cuales quiero ser un ejemplo de vida y una motivación para salir adelante, perseverando en la búsqueda de la excelencia y del buen profesionalismo.

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios Todopoderoso porque ha puesto a mi lado a las personas idóneas para poder llevar a cabo todos estos logros en mi vida y a quienes les agradezco infinitamente su apoyo. A mi novia y futura esposa, a mis docentes que han sido los mejores profesionales altamente preparados, a mis compañeros de especialización, a mis padres, hermanas, sobrinos e hijas que han sido mi motor, mi fuente de inspiración para seguir luchando. Gracias.

Bogotá D.C., Febrero 27 de 2017

Señores:

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

Ciudad

Estimados señores:

YO, **CARLOS ILICH VIANA ZULUAGA**, identificado con Cédula de ciudadanía No. 9.178.929 expedida en San Jacinto, Bolívar,, autor de la monografía de grado nombrada **LAS CLAUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS DE APOORTE:UN RÉGIMEN ATÍPICO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANA**; presentada como requisito para optar el título de **ESPECIALISTA EN CONTRATACION ESTATAL**; autorizo a la Universidad La Gran Colombia la consulta, reproducción, distribución o cualquier otra forma de uso de la obra parcial o total, con fines académicos en cualquier formato de presentación; conforme a la ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995, Circular No 06 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor para las Instituciones de Educación Superior, y demás normas generales en la materia. De la misma manera el registro en el catálogo OLIB de la biblioteca de la Universidad La Gran Colombia.

CARLOS ILICH VIANA ZULUAGA

C.C. No.9.178.929 de San Jacinto, Bolívar

INTRODUCCIÓN

Desde inicios del Estado Colombiano, la preocupación central sobre la contratación pública fue normativizar un ordenamiento que propendiera por la transparencia de los procesos y su eficacia, estableciéndose la obligatoriedad de la licitación pública como el primer procedimiento a realizarse por las entidades estatales en la adquisición de bienes, como se previó en el Código Fiscal Nacional, Ley 110 de 1912 (Peñaranda, 2009)

Posterior a esta norma se suscitaron la expedición de innumerables decretos reglamentarios, que buscaron implementar esta regla general en muchos contratos específicos creándose una inseguridad jurídica para todos aquellos que implementaban a sus quehaceres laborales la contratación estatal.

Con la reciente expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se vio la necesidad de adaptar la normatividad contractual a esta Carta Magna, adecuándola para que las entidades estatales tuviesen normas que ofrecieran soluciones a las dificultades que presentara la actividad contractual del Estado viéndose la obligación de expedir la Ley 80 de 1993.

Al materializarse el papel que tenían los Estados a nivel mundial de pasar de un Estado Benefactor a ser un Estado Interventor, como proveedor de algunos bienes y servicios, hacia el denominado Estado Neoliberal, en el cual su actuación administrativa se limita a regular las relaciones entre los particulares (Palacio, 2006), es la base socio – económica que permite implementar una nueva visión de la gestión pública, con fundamento en el postulado de la autonomía de la voluntad.

No obstante, a pesar de expedirse el nuevo Estatuto de Contratación Estatal, persiste la existencia de figuras jurídicas como el Contrato de Aporte, regulado por la Ley 7 de 1979, cuya modalidad contractual no fue desarrollada legalmente, en su sentido estricto, o reglamentaria por decreto ley; sino a través de un acto administrativo expedido por el Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar, quien se adujo la competencia para desarrollar el procedimiento contractual de aportes, incluyendo normas que no son aplicables a todos los contratos estatales.

Lo anterior conlleva la necesidad de analizar el régimen contractual de aportes utilizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para identificar que tan legítima es la aplicación de las normas reguladas por la Ley 80 de 1993 a este tipo de modalidad contractual, cuando el Estatuto de Contratación Pública no las consigna de manera expresa.

PROBLEMA E HIPOTESIS

Problema

Análisis de la situación problemática

La presente investigación se fundamenta en la inminente evolución normativa del ordenamiento jurídico público – contractual que ha conllevado la implementación de nuevos esquemas de contratación estatal, en el cual se incluyó la libertad de competencia y la autonomía de la voluntad de las partes como pilares esenciales en la gestión contractual de las distintas entidades que componen el Estado colombiano.

No obstante, dentro de este compendio de normas público – privadas, existen ciertos contratos que no clasifican dentro de las dos categorías anteriormente descritas, por cuanto no están taxativamente especificados como contratos estatales y tampoco sus disposiciones normativas son regidas por el derecho privado, como sucede con los Contratos de Aporte.

Este tipo de contratación, exclusiva del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, surge con anterioridad a la Constitución de 1991, siendo regulado por la Ley 7 de 1979, cuyo objeto se encuentra suscrito a programas misionales para lo cual su finalidad es proteger constitucionalmente los derechos de los niños y adolescentes dentro de los lineamientos del Estado Social de Derecho, y de esta forma fortalecer la unidad familiar, garantizar los derechos fundamentales de los menores, su prevalencia y debida protección del interés superior.

Bajo esta premisa conceptual, el desarrollo normativo de su contenido se reglamentó de forma sistemática mediante los Decretos 2388 de 1979, Decreto 2923 de 1994, Decreto 2150 de 1995, Decreto 1529 de 1996 y Decreto 1137 de 1999, es decir a través de normas con rango de ley y otras simplemente reglamentarias, disponiendo de forma general la existencia de este tipo de contratación especial.

Sin embargo, se observa en su contexto normativo que ninguna norma de carácter legal, en su sentido estricto, o reglamentaria, precisa la aplicación de este tipo de contrato estatal, limitándose exclusivamente a definir que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene la facultad de celebrar contratos de aporte a través de la modalidad de contratación directa, sin ir más allá de su desarrollo procedimental.

No obstante, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se adjudica la competencia para reglamentar todo el proceso que se debe surtir para adjudicar los contratos de aportes, desarrollando tal procedimiento a través de un acto administrativo, la Resolución No. 366 del 29 de enero de 2013, que modifica la Resolución No. 2690 del 14 de junio de 2012 la cual derogaba parcialmente la Resolución No. 2111 del 3 de junio de 2011.

Bajo el análisis de tales normas administrativas se evidencia que la entidad estatal adopta la decisión de aplicar principios rectores de la contratación estatal, entre ellos la utilización de las cláusulas exorbitantes, mecanismos de defensa de las entidades estatales que no tiene una aplicación general para todo tipo de contrato, por cuanto en algunos son de aplicación obligatoria, en otros facultativos e incluso en algunos es prohibido su utilización, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado solo el Legislador es el competente para prescribir a qué tipo de contratos se le pueden aplicar este tipo de cláusulas.

Proposiciones

Interrogativa: ¿Es legítima la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los Contratos de Aportes, teniendo en cuenta que su soporte legal deriva de un acto administrativo expedido por el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar?

Afirmativa: La necesidad de incluir los Contratos de Aporte, en el Estatuto de Contratación Estatal, para brindarle legitimidad al Instituto Colombiano de Bienestar familiar en

la aplicación de las cláusulas exorbitantes como garantías jurídicas en el desarrollo de su actividad contractual.

Negativa: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no puede aplicar las cláusulas exorbitantes en los contratos de aportes por cuanto están excluidos de manera taxativa dentro del Estatuto de Contratación Estatal.

Problema

Las cláusulas exorbitantes dentro del contrato de aporte, como modalidad de contratación del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, carecen de legalidad en su aplicación, al no estar contempladas en el Estatuto de Contratación Estatal.

Hipótesis

Al observarse que el ICBF adoptó la decisión de aplicar principios rectores de la contratación estatal, entre ellos la utilización de las cláusulas exorbitantes, mecanismos de defensa de las entidades estatales que no tiene una aplicación general para todo tipo de contrato, se hace necesario una modificación a la ley 80 de 1993, para que sean incluidos los contratos de aporte como una modalidad contractual, en la cual este tipo de cláusulas sean de obligatorio cumplimiento.

Objetivos

Objetivo General

Determinar si la aplicación de las cláusulas exorbitantes dentro del contrato de aporte, como modalidad de contratación del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, carecen de legalidad, al no estar contempladas en el Estatuto de Contratación Estatal.

Objetivos Específicos

- Analizar la naturaleza, definición y características propias del contrato de aportes.

- Analizar doctrinal y jurisprudencialmente los parámetros normativos aplicables a los contratos de aporte.
- Estudiar la legitimidad del acto administrativo que desarrolla el proceso contractual del régimen de aportes con respecto a las normas de la Ley 80 de 1993.

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos de la Investigación

RAI. 1

En la investigación denominada: Contrato de aportes contemplado en el Art. 21 de la Ley 7 de 1979, de la autora Joennya Moreno Reales, estudiante de la Universidad La Gran Colombia, Facultad de Posgrado y Formación Continuada (2013), para la obtención del título de especialista en contratación estatal; se planteó como problema de investigación determinar si el contrato de aporte es una modalidad contractual contraria a la esencia de las normas relativas a la contratación estatal y establecer su especial y prevalente relación con el cumplimiento de los fines del Estado.

La autora estableció como objetivos: (I) identificar los antecedentes y desarrollo histórico del contrato de aportes en Colombia. (II) Analizar desde el punto de vista legal y jurisprudencial la finalidad del contrato de aportes. (III) Determinar las fortalezas y debilidades del contrato de aportes en el contexto de la Ley 7 de 1979, art. 21 y el Decreto 2388 de 1979.

La investigación fue explicativa – descriptiva. Explicativa porque se hace un trabajo ilustrado de manera expresa sobre las normas de contratación estatal y descriptiva porque desarrolla teóricamente la autonomía de la voluntad, la contratación, su desarrollo, implementación y descripción de los contratos de aporte.

Dentro del contenido del documento hace un análisis de los distintos contratos típicos y atípicos con respecto al régimen exceptuado del contrato de aportes para ello desarrolla cada tipo de modalidad contractual conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales y legales de manera específica con la Ley 80 de 1993.

Respecto al contrato de aportes, puntualmente, hace un análisis sobre los antecedentes jurisprudenciales y constitucionales, con base en ello, para la autora el tratarse de un contrato

facultado por una entidad del Estado le son aplicables los principios del artículo 209 de la Constitución Política, así como, los principios y reglas contenidos en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias.

Además de ello, considera que el contrato de aportes no se puede catalogar como atípico porque su origen está en la norma concebida por el Legislador y no del resultado de una práctica que posteriormente fue positivizada.

Así mismo sostiene que en los contratos de aportes no son obligatorias las cláusulas exorbitantes toda vez que solo proceden en el contrato de obra, en los contratos cuyo objeto es la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyen monopolio.

De tal manera que la autora concluye considerando que es necesario definir una consolidación normativa sobre el régimen exceptuado del contrato de aportes que permita ofertar los servicios de contratar y garantizar los principios constitucionales en especial de la selección objetiva del contratista.

RAI. 2

En la investigación denominada: Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública , del autor Jorge Arturo Ronderos Botero, estudiante de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia (2011), para la obtención del título de magister en derecho administrativo; se planteó como problema de investigación determinar si la autonomía de la voluntad, establecida a partir de su consagración por la Ley 80 de 1993, es el fundamento legal que habilita a las entidades contratantes a incluir los contratos atípicos en su gestión contractual.

El autor estableció como objetivos: (I) Determinar los criterios para la identificación y calificación de los contratos atípicos que se aplican por la jurisprudencia contencioso

administrativa al reconocer al contrato estatal como una modulación de la categoría general de contrato. (II) Identificar los problemas del contrato atípico respecto a su admisibilidad, integración y calificación (III) Determinar la problemática propia del contrato de derecho administrativo en la aplicación de límites en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La investigación fue descriptivo - deductivo. Por cuando desarrolla su contenido con una presentación teórica del postulado de la autonomía de la voluntad y del contrato atípico con base en el ordenamiento jurídico vigente, la jurisprudencia y la doctrina.

Dentro del contenido del documento se identifica el análisis del contrato atípico en las entidades estatales DIAN, SENA, ICBF y Dirección Nacional de Derechos de Autor, de tal manera que a partir de éstos desarrolla la autonomía de la voluntad como base esencial para la constitución de un contrato atípico; análisis general teórico de los contratos atípicos; y el análisis en particular de los contratos de las entidades estatales mencionados como atípicos puros.

Con respecto al contrato de aporte lo considera un contrato atípico a pesar de estar nominado por el ordenamiento jurídico y algunos aspectos están regulados su disciplina en la ley no es lo suficiente para ser considerado un contrato tipificado.

Concluye el autor, que a pesar de que la autonomía de voluntad le permita a las entidades públicas determinar los elementos esenciales del contrato atípico, existe un límite al ejercicio de esta autonomía, entre esas la prohibición de pactar cláusulas exorbitantes que no tienen relación con la naturaleza del contrato.

Y por último indica que existe un desequilibrio en la aplicación de las cláusulas exorbitantes y las facultades unilaterales a favor de las entidades contratantes al haber sido pactadas sin estas ser legalmente autorizadas por la Ley 80 de 1993.

RAI. 3

En el trabajo denominado: Clausulas Excepcionales, de la autora María Teresa Palacio Jaramillo, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho (2004), Revista de Derecho Público No. 17, pág. 101, se planteó como problema de investigación las diversas y en ocasiones contradictorias posiciones asumidas por la jurisprudencia y los proyectos de ley que pretenden modificar la Ley 80 de 1993 han generado dificultades en la aplicación de las clausulas exorbitantes para las entidades estatales como para los contratistas.

La autora estableció como objetivos: (I) Indicar si las clausulas exorbitantes dependen su concepción y orientación del tipo de estado en el que se apliquen. (II) Determinar la regulación completa de la contratación estatal frente a la regulación civil y comercial de los contratos.

La investigación fue descriptivo - explicativa. Por cuando desarrolla su contenido con una presentación teórica del postulado de la autonomía de la voluntad y del contrato atípico con base en el ordenamiento jurídico vigente, la jurisprudencia y la doctrina.

Dentro del contenido del documento la autora indica que la autonomía de la voluntad como pilar esencial de los contratos se recupera para la actividad contractual estatal, que se desregula de manera drástica, dando cabida a que los acuerdos entre las partes, legalmente celebrados, sean de obligatorio cumplimiento, salvo aquellos aspectos expresamente regulados por la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentra precisamente el relativo a las "potestades excepcionales", llamadas en el anterior estatuto "cláusulas exorbitantes". Esta modificación de expresiones no es simplemente semántica y formal, sino derivada de la nueva orientación del papel del Estado, dada por la Constitución de 1991.

Concluye que la caducidad; los principios de terminación, interpretación y modificación unilaterales, y el sometimiento a las leyes nacionales, son cláusulas "excepcionales al derecho común" (numeral 2, Art. 14, Ley 80/93), derecho aplicable a la contratación estatal, como atrás se

anotó (Art.13, Ley 80/93) y por tanto, al ser excepcionales son taxativas y de aplicación restrictiva, según los principios generales del derecho.

EVOLUCION DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Surgimiento del contrato atípico

La preocupación central sobre la contratación pública fue normativizar un ordenamiento que propendiera por la transparencia de los procesos y su eficacia, estableciéndose la obligatoriedad de la licitación pública como el primer procedimiento a realizarse por las entidades estatales en la adquisición de bienes, como se previó en el Código Fiscal Nacional, Ley 110 de 1912 (Peñaranda, 2009).

Posterior a esta norma se suscitó la expedición de innumerables decretos reglamentarios, que buscaron implementar esta regla general en muchos contratos específicos.

Con la reciente expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se vio la necesidad de adaptar la normatividad contractual a este Estatuto Superior, adecuándola para que las entidades estatales tuviesen normas que ofrecieran soluciones a las dificultades que presentara la actividad contractual del Estado a raíz de “excesivo reglamentarismo, la desnaturalización del contrato y las múltiples instancias que caracterizaron su contenido”, el Estado Colombiano se vio en la obligación de expedir la Ley 80 de 1993 (Betancur, 1993).

Al materializarse el papel que tenían los Estados a nivel mundial de pasar de un Estado Benefactor a ser un Estado Interventor, como proveedor de algunos bienes y servicios, hacia el denominado Estado Neoliberal, en el cual su actuación administrativa se limita a regular las relaciones entre los particulares (Palacio, 2006), es la base socio – económica que permite implementar una nueva visión de la gestión pública, con fundamento en el postulado de la autonomía de la voluntad (Corte Constitucional, 1995), consagrado en el artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Como lo sostiene Yucumá (2012),

Este postulado que se torna un instrumento para la administración no es otra cosa que la libertad de crear tipologías contractuales que se ajusten a las necesidades de las entidades con el propósito de poder satisfacer los fines estatales. Esta libertad no sólo se traduce en tipologías, sino también en la estructuración del contenido del contrato a celebrar. (p. 22).

No obstante, esa libertad de configuración está restringida al cumplimiento de los fines estatales consagrado en la Constitución Política, como lo contempla el artículo 40 del Estatuto General de Contratación.

Teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad de las partes fue el eje central que conllevó la estructuración de un nuevo Estatuto Contractual ha permitido que las entidades públicas regulen su actividad contractual sin que sobrepase la prerrogativa en función del interés general (Matallana Camacho, 2013)

Al considerar la autonomía de la voluntad como la esencia del Estatuto General de contratación, Palacio (2003) y Rodríguez (1994) han sostenido que la consecuencia de este cambio normativo procede de la tendencia privatizadora que ha surgido en el derecho público, por lo cual todos los contratos que se derivan de este postulado serán regulados por las normas civiles y mercantiles, como se prevé en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, existe un elemento determinante que nuevamente limita la autonomía de la voluntad, que para Dávila (2003) no se puede predicar su aplicación en todas las fases de la contratación, ya que “en la etapa precontractual no tiene cabida por cuanto al ser normada por el derecho público se encuentra con la infranqueable barrera, incita a tal postulado, que levantan las normas imperativas” (p. 50) a diferencia de la etapa contractual, donde prevalece la voluntad de las partes.

A partir de estas precisiones, se fundamentan las bases dentro de las cuales se sostiene la posibilidad de que las entidades estatales puedan crear distintas formas contractuales, diferentes a

los contempladas en el derecho privado, en disposiciones especiales, a los contratos enunciados en la Ley 80 de 1993, sino aquellos que se derivan de la autonomía de la voluntad, a los cuales también se les denominará contratos estatales por cuanto son actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a las que refiere el Estatuto General de Contratación.

Generalidades de los contratos atípicos:

Como se sostuvo en el acápite anterior, los contratos estatales no solo son aquellos que se encuentran estipulados de manera taxativa en una ley o norma, sino que también los comprenden los contratos suscritos por la autonomía de voluntad de las entidades públicas y a los cuales se les otorga una libertad de configuración.

Con base en esta precisión, se ha creado una clasificación de los contratos estatales en típicos y atípicos cuya aparición tiene origen en la interpretación doctrinal y no legal, por cuanto ni remontándonos al derecho civil, entre los artículos 1496 a 1500 del Código Civil, se menciona esta clasificación (Salcedo, 2013).

Lo típico hace referencia a recoger y disciplinar el contrato, por lo cual no basta con tan solo que la ley nombre o denomine un contrato, es necesario que este contrato éste tipificado o disciplinado en cuanto a su contenido, sus efectos, sus requisitos (Restrepo, 2011). Mientras que los atípicos, de manera general, son “aquellos no regulados por la ley, surgidos de la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente – junto con la libertad para contratar – a la autonomía de la voluntad” (Farina, 2005, p. 370).

Para Vega (2012), la tipicidad puede predicarse también de otras fuentes del derecho, distintas a la legal, ya sea por la costumbre y la jurisprudencia; lo que podría clasificarse en tipicidad social y legal.

En este capítulo se profundizará sobre los contratos atípicos, por la importancia que tiene para el tema central del presente trabajo, teniendo en cuenta que su delimitación permite al

ordenamiento jurídico no ser ajeno a los cambios tecnológicos, económicos y sociales que conllevan a la creación de nuevas necesidades (Restrepo, 2011)

Para Castro (2006), “el contrato atípico se explica por la fuerza normativa que la ley le reconoce a los acuerdos alcanzados por los particulares, sin importar si ellos se enmarcan en figuras preexistentes reconocidas por el derecho positivo” (p. 9).

Así mismo lo sostienen Chuliá y Beltrán (1999), quienes consideran que son atípicos aquellos que son reconocidos por leyes especiales, rigiéndose por los principios generales de los contratos y generales del derecho.

Jurisprudencialmente, el Consejo de Estado (2010, 2016), se ha encargado de señalar la forma de identificar si un contrato es atípico o no, sosteniendo que:

Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad —de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales— y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así

los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. (§ 23)

Lo cual, para Arrubla, (2006) la autonomía de la voluntad va estar supeditada “a los instrumentos jurídicos, a las necesidades que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía” (p. 35), lo que se traduce en la finalidad socio – económica del contrato.

Ahora bien, otro elemento que es esencial en este tema hace referencia a la indistinción que la doctrina, en algunos casos, le da a los contratos innominados asimilándolos a los contratos atípicos como lo han sostenido:

Messineo (1952),

...contrato innominado es aquel que, aunque mencionado por la ley carece de una disciplina particular, a menos que la mención del contrato esté hecha por la ley en un lugar tal, que, mediante remisión, se pueda deducir su disciplina jurídica (p. 379).

Rodríguez (2000), “contratos innominados son los que han quedado fuera de las previsiones del legislador y carecen, por lo mismo, de nombre y de reglamentación legales” (p. 37)

En resumen, en palabras de Castro (2006)

...los nominados o innominados se clasifican según si la ley le asigna o no un nombre específico a una relación jurídica contractual; los típicos o atípicos se refieren a si el contrato tiene una regulación legal o si carece de ella. (p. 10)

Sin embargo, es necesario aclarar que, aunque el contrato sea atípico no significa que sea innominado a la vez, es decir que carezca de un nombre. Debido a que como se sostuvo inicialmente, la tipicidad hace referencia a que la ley regula sus aspectos esenciales, al paso que su nominación puede ser dada o no por la misma ley, e incluso para que un contrato sea

innominado no es necesario que haya sido ignorado por la ley, debido a que pudo haber tratado alguno de sus extremos (Salcedo, 2013).

También los contratos atípicos tienen una clasificación interna, basada en su contenido, que para Garrido y Zago (2002, citados por Yucumá, 2012, p. 40) existen contratos atípicos puros, que tienen como característica ser absolutamente originales e inexistentes en el ordenamiento jurídico; y los contratos atípicos mixtos, que integran varias formas típicas.

Existen dos criterios que nos permiten identificar la existencia de un contrato atípico (Camacho, 2005):

- La inexistencia de una regulación normativa propiamente dicha:

Se quiere advertir que en ocasiones existen figuras contractuales que aparentemente se encuentran reguladas, pero en realidad no lo están, pues dicha regulación se refiere a otros aspectos relacionados con la misma, e incluso puede suceder que por medio de esas disposiciones se otorgue un nombre a esa figura contractual, aun así y teniendo en cuenta lo dicho sobre la diferencia entre la nominación y la tipicidad, se podrá considerar éste contrato, como de la naturaleza de los atípicos. (p.8)

- La configuración incompleta del contrato o inexistencia de regulación:

Diferente al criterio anterior, en este evento la problemática no se circunscribe a un conjunto de disposiciones que en vez de regular la figura contractual disciplinan otros aspectos relacionados con la misma, sino a una serie de normas que sí se refieren al contrato, pero lo hacen en forma vaga e insuficiente. (p.10)

Los contratos atípicos en el derecho público

Conforme a las anteriores precisiones que definen a los contratos atípicos, podemos iniciar un estudio de cómo está concebido desde el ámbito del derecho público.

Para Vidal (2005) estos surgen a partir de las necesidades de la contratación públicas que conllevaron a que el modelo privado se adaptara a ésta, que en tal aspecto es de suma importancia determinar las tipologías contractuales, por cuanto es necesaria para poder evitar la aplicación de un régimen equivocado (Pino, 2005)

Es de allí que, a partir de la autonomía de la voluntad mencionada en el capítulo anterior, Dromi (1995, p. 585) reitera que ésta se encuentra ligada al interés público, pues “los contratos admiten tipos que se ajustan a las formas en que el intereses público debe ser satisfecho”.

Contexto jurídico que en muchas ocasiones riñe con el principio de legalidad y los principios de la administración (Benavidez (2005).

Por considerarse los contratos atípicos, una figura proveniente del derecho privado, es difícil encontrar una definición que se adecue a los postulados del derecho público, no obstante, se puede citar a Yucumá (2012), quien se atrevió a definir los contratos estatales atípicos como:

Aquellos acuerdos de voluntades generadores de obligaciones que celebran las entidades estatales, que no estando enunciados en el Estatuto de Contratación Estatal, ni en la normatividad civil y mercantil, son reconocidos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, rigiéndose bajo imperativos de orden público, fines estatales y la esencia del objeto a contratar. (p. 47)

Distinto a los contratos atípicos, en los cuales las disposiciones del derecho privado son las que rigen las relaciones entre los contratantes, se encontró que en los contratos atípicos estatales la regulación de su régimen es más compleja, por cuanto existen efectos otorgados por el ordenamiento jurídico que no pueden ser desconocidos por las partes, que son elementos de naturaleza del contrato estatal, y al revestirse el carácter de obligatorios o de normas imperativas no pueden ser desconocidos por las partes (Contraloría General de la Nación, 2007).

Es así que para todos los contratos estatales, incluyendo los contratos atípicos deberán aplicarse los siguientes requisitos (Ronderos, 2011, p. 50):

- Estudios Previos, conforme al decreto 1510 de 2013.
- Registro Presupuestal, conforme al Decreto Ley 111 de 1996.
- Garantías, de acuerdo al artículo 7 Ley 1150 de 2007.
- Tipificación, estimación y asignación de riesgos, conforme al artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.
- Publicidad del contrato, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los decretos 327 de 2002, 2095 de 1995 y la Ley 190 de 1995.
- Mecanismo de Selección de acuerdo al Decreto 1510 de 2013

Sin embargo, lo mismo no se puede predicar de la aplicación de las cláusulas excepcionales que regula el Estatuto General de Contratación, por cuanto éstas cláusulas contenidas en los artículos 14 al 18 de la Ley 80 de 1993 están prohibidas para los contratos atípicos (Consejo de Estado, 2006), toda vez que solo se permite su inclusión obligatoria o potestativa en algunos contratos enumerados taxativamente.

Según Palacio (2010 citado por Ronderos 2011, p. 53) existen ciertas cláusulas que son obligatorias y que se han considerado como poderes exorbitantes aunque no tienen denominación de cláusulas excepcionales, como son:

- La declaratoria de ocurrencia del siniestro, de acuerdo a las garantías pactadas en el contrato según el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 4828 de 2008.
- La liquidación unilateral obligatoria de los contratos de tracto sucesivo, según el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, cuando se frustra la liquidación bilateral.
- La terminación unilateral por la existencia de causales de nulidad absoluta, conforme al artículo 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993

- La declaratoria unilateral de incumplimiento, con el objeto de hacer efectivas las cláusulas penales contenidas en el contrato, según el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Por tales motivos, la importancia que tiene analizar el régimen jurídico que tienen los distintos contratos atípicos, debido a que en algunos de ellos se incluyen disposiciones que legalmente no están permitidas y dependerá analizar los efectos vinculantes que tengan a pesar de su ilegalidad.

Todo lo anterior permite inferir que a nivel general el hecho que un contrato sea emanado por una entidad pública y a su vez sea mencionado por una ley que regule regímenes especiales no se considera que se encuentre dentro de la clasificación de contratos típicos, y aún más cuando dicho contrato se encuentre nominado, es decir, se le dé un nombre no implica que estemos frente a este tipo de contratos siempre y cuando su regulación no esté expresamente regulada vía legal.

LA LEGITIMIDAD DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE APORTES

Inicialmente, es importante resaltar que doctrinalmente son muy restringidos los aportes que se han realizado sobre este tema tan trascendental para el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto hace referencia al régimen de contratación que utiliza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para ejecutar sus funciones, no obstante se tendrá como punto de referencia las tesis propuestas en algunos trabajos de investigación que han desarrollado alguno de sus apartes, realizando un análisis comparativo con la jurisprudencia del Consejo de Estado quien ha determinado algunas características esenciales.

Noción de Contrato de Aporte

Para iniciar el estudio de este tipo de modalidad contractual, es necesario tener como base una noción sobre qué es el contrato de aportes, para lo cual nos servirá de insumo las definiciones que manejan el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2012) y el Consejo de Estado (2010).

Ambas nociones tienen como singularidad que se trata de un negocio jurídico entre el ICBF y una institución de utilidad pública o social, para la satisfacción de acciones dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia. Sin embargo, existe una diferencia esencial que destaca el Consejo de Estado (2010), al considerarlo como un “contrato estatal especial”, característica valiosa que permite comenzar a inferir la naturaleza de este tipo de contrato, como lo sostiene en su jurisprudencia:

El negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva

responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia (§ 5).

Su objeto a contratar no es uniforme, por cuanto su contenido varía de acuerdo al programa de bienestar social en que se utilice (Ronderos, 2011). Según el ICBF este tipo de contratos se utiliza para los programas misionales:

- PAE – Programa de Alimentación Escolar,
- PNAAM – Adulto Mayor,
- RNA – Recuperación Nutricional, Hogares Comunitarios, Jardines Sociales, Fortalecimiento grupos indígenas, Grupos Juveniles y Pre juveniles, Sistema de Responsabilidad Penal y,
- DIA – Desayunos Infantiles con Amor.

Naturaleza de los Contratos de Aportes

Para definir la naturaleza de este contrato, se empezará por determinar la clase de entidad a la cual se aplica para diferenciar si se le aplica el régimen público o privado.

Los contratos de aportes son de uso exclusivo por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF -, la cual es una entidad denominada como establecimiento público, de orden nacional, con autonomía administrativa y presupuestal, que forma parte de la rama ejecutiva en el nivel descentralizado, comprendiéndose así sin duda alguna que al tratarse de una persona jurídica de derecho público, sus contratos son de denominación estatal, clasificación de suma importancia por cuanto definirá el tipo de normas aplicables (Borja, 2009).

Pero además de lo anterior, teniendo en cuenta que este tipo de contratos no se encuentran dentro de la lista enunciada en el Estatuto de Contratación Estatal, ni tampoco se hace mención en la doctrina o normas de carácter civil o comercial, es necesario analizar su naturaleza

conforme a los criterios que regulan las otras clases de contratos estatales: contratos de régimen especial o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Se parte de la base que, con la expedición de la Ley 7 de 1979, artículo 21 numeral 10, se le otorgó al ICBF la función de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo, es esta norma el núcleo habilitador de la contratación de este establecimiento público, como disposición especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

No obstante, hasta ese momento no se hace referencia alguna sobre las modalidades de contratación que pueden aplicarse.

Posteriormente, con el Decreto 2388 de 1979, mediante el cual se reglamenta la Ley 7 de 1979, se encargó de reglamentar de manera general todo lo atinente al régimen contractual del ICBF, haciendo por primer vez alusión de manera expresa al contrato de aporte en su artículo 127.

Teniendo en cuenta que los regímenes especiales no están sometidos a las reglas generales de la Ley 80 de 1993, por estar regulados en normas especiales, a ellos se aplican las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual (Matallana, 2013) y por cuanto en el ordenamiento contractual colombiano este tipo de contratos se han regulado mediante leyes expedidas por el Congreso de la República, podría afirmarse que los contratos de aporte se tratan de un régimen especial, como institución generadora de nuestro contrato en estudio.

Ronderos (2011), sostiene que los contratos de aporte son de naturaleza atípica, cuyo contenido varía de acuerdo al programa de bienestar social en que se utilice. Esta posición doctrinal es ratificada por el Consejo de Estado (1996 citada por Consejo de Estado 2010), al considerar que:

(...) de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan. (¶ 3)

Sin embargo, para (Moreno, 2013) al tratarse de un contrato facultado por una entidad pública y tener su origen en una norma (Ley 7 de 1979) concebida por el legislador no puede considerarse como atípico por cuanto no es el resultado de una práctica que posteriormente fue positivizada.

No obstante, para entrar a definir cuál de las anteriores consideraciones expuestas tiene más coherencia con la naturaleza de estos contratos se deberá retomar las distintas precisiones que los doctrinantes han hecho sobre la tipicidad o atipicidad de los contratos, haciendo referencia a la función individualizadora y la función jurídica que tenga el contrato para delimitarlo dentro de lo típico (Gete, 1979), y además de ello si el contrato ha sido reconocido por medio de ley (tipicidad legal) o de otra fuente del derecho, como la costumbre o la jurisprudencia (tipicidad social), según Gete (1979).

Es así que de lo anterior podría decirse que los Contratos de Aportes, deberían considerarse como contratos típicos, por cuanto la jurisprudencia del Consejo de Estado (2010), se ha encargado de delimitar sus características y los efectos vinculantes de ellos, y desarrollados a través de la Resolución No. 2690 de 2012, junio 14, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aplicándose en virtud la teoría de la tipicidad social.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia (2002), valida la teoría de la inexistencia de una regulación propiamente dicha, que hace parte de la clasificación de la atipicidad, la cual considera que:

La sola reseña de la convención materia de exégesis, pone de presente que el leasing es un contrato que reviste ciertas particularidades que, ab initio, lo hacen diferente de los distintos negocios jurídicos regulados por la ley. Y esa circunstancia conduce a plantear, delantamente, que a él no se le ha dispensado - en Colombia y en buena parte de la legislación comparada- una regulación normativa propiamente dicha, vale decir, suficiente, en lo estructural y en lo nuclear, sin que por tal, en estricto sentido, se pueda tener la contenida en el Decreto 913 de 1993. (...) De ahí que se trate, en puridad, de un decreto expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades de intervención que le fueron concedidas por la Constitución y la Ley “en relación con las entidades financieras” (arts. 189 numeral 24 y 335 Constitución Política; numeral 1o, lits. a) y f) art. 48 Dec. 663/93), lo que devela que esa normatividad, al igual que la precedente (Decs. 148/79; 2059/81; Ley 74/89; Dec. 3039/89, entre otros), más que disciplinar el negocio jurídico en si mismo considerado, tiene una finalidad fundamentalmente orgánica, (¶ 8)

(Subrayado fuera de texto)

Así mismo, lo ha reiterado al sostener que se trata ciertamente de un catálogo de normas del cual no surge una regulación suficiente dirigida a estructurar, como un contrato típico o normado por razón de la actividad de la agencia, ésta sí disciplinada por el legislador.

Disposiciones jurisprudenciales que nos permiten precisar que, aunque los contratos de aportes están regulados en los Decretos 2388 de 1979, Decreto 2923 de 1994, Decreto 2150 de 1995, artículo 122; y Decreto 1529 de 1996 y la Resolución 2690 de 2012, junio 4, del ICBF, no cambian su naturaleza atípica, por carecer de una normatividad que disciplinen en particular el contrato de aporte, suscribiéndose solamente estas normas al desarrollo del régimen especial de aportes, como son las reglas aplicables en sus tres distintas formas de selección

Al volver a las consideraciones planteadas, los contratos atípicos no necesariamente se circunscriben a una unión de voluntades entre partes contratantes, sino que están supeditados a una función socio – económica (Betti, 2000), y esta función específica es la de formular y coordinar la ejecución de la política pública de protección social a la niñez, los jóvenes menores de edad y la familia, con la cual se busca garantizar sus derechos y asegurar su protección cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad (ICBF, 2012).

En conclusión, se posesiona su naturaleza de un contrato atípico, pues a pesar de ser nominado por leyes y decretos, su contenido no lo regula de manera estructural la ley, y ha sido la jurisprudencia la que ha entrado a precisar los elementos esenciales que lo componen como son el aporte en dinero o en especie por parte del ICBF y la asunción por parte del contratista de la responsabilidad propia de una función administrativa.

Características del Contrato de Aporte:

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las características esenciales son:

- I. Es un contrato estatal, regido por la ley 80 de 1993;
- II. Es un negocio jurídico atípico, principal y autónomo;
- III. Es oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993;
- IV. Es bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista;
- V. Es conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del

sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro

- VI. Sus partes contractuales son calificadas, por cuanto tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que solo puede ser suscrito por el ICBF; y un sujeto pasivo calificado, quienes serán personas jurídicas sin ánimo de lucro, denominados los contratistas.

Normatividad del Régimen Especial de Aportes

El régimen general de contratación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tuvo sus inicios con la expedición de la Ley 7 de 1979, mediante la cual para el cumplimiento de sus fines puede realizar contrataciones con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo, conforme al artículo 21 numeral 9 de la citada norma; y a su vez, determinó que todos los contratos que celebre el Instituto de Bienestar Familiar se sujetaran a las ritualidades, requisitos, formalidades y solemnidades que establece el Decreto 150 de 1976 (norma que fue derogada por la Ley 80 de 1993) y demás normas concordantes, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 7 de 1979.

No obstante, el Presidente de la República, en uso de sus facultades reglamentarias, expidió el Decreto 2388 de 1979, a través del cual contempló la existencia de dos regímenes de contratación: Un régimen general, regulado por las disposiciones del Decreto 150 de 1976, en su artículo 129 (norma que fue derogada por la Ley 80 de 1993), y un régimen de aportes, regulado por los artículos 125 a 128 del respectivo decreto reglamentario.

De tal norma citada, se parte la regulación del Contrato de Aportes, la cual es el núcleo esencial de esta investigación, y a la que se desarrollará con profundidad.

El artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, estipuló que al ser un servicio especial el prestado por el ICBF puede celebrar contratos de aporte, en tal sentido que cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública con exclusiva responsabilidad necesaria para la prestación total o parcial del. Así mismo, se consagró que los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo. (Decreto 2388 de 1979, artículo 128).

Con posterioridad, con el Decreto 2923 de 1994 (Decreto Reglamentario), el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales, consagradas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, estableció las cuantías mínimas en las garantías únicas que respaldaran el cumplimiento de los contratos de aporte, consagrando:

- a) El valor del amparo del anticipo o pago anticipado debe ser equivalente al treinta por ciento (30%) del monto que el Contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo.
- b) El valor del amparo del cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al tres por ciento (3%) del valor del contrato.
- c) El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al dos por ciento (25) del valor total del contrato.

Así mismo, con el Decreto 1529 de 1996 (Decreto Reglamentario), mediante las mismas facultades constitucionales y legales, el Presidente de la República, regula la excepción de tarificación para los contratos de aportes.

Y con el Decreto 2150 de 1995 (Decreto – Ley), el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República mediante el artículo 83 de la Ley 190 de 1995, contempló la contratación directa para los contratos de aportes.

La anterior descripción normativa que regula el contrato de aportes, permite observar que no existe una norma de tipo legal, estrictamente, que estructure el procedimiento mediante el cual se adjudiquen este tipo de contratos a una entidad sin ánimo de lucro con el objetivo que preste sus servicios en pro del bienestar familiar.

No obstante, la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adjudicándose la potestad de reglamentación, con base en el artículo 211 de la Constitución Política, artículo 12 de la Ley 80 de 1993, artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 8.1.11 del Decreto 734 de 2012, expidió la Resolución No. 2690 del 14 de junio de 2012 “por la cual se expide el Manual de Contratación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Cecilia de la Fuente de Lleras”.

A través de este acto administrativo, se regula el Régimen Especial de Aporte, en la Sección I de la citada resolución, considerando tres modalidades de contratación:

- 1) Contratación Directa de Aporte
- 2) Convocatoria Pública
- 3) Convocatoria Pública con lista de habilitación de Oferentes.

Y a su vez, se estipula cual es el procedimiento a aplicar en cada una de las modalidades y las respectivas cláusulas excepcionales.

¿Son legítimas las normas que regulan el Contrato de Aporte?

Una vez identificadas las normas que regulan el Contrato de Aportes, es necesario analizar si son acorde con las actuales disposiciones del Estatuto General de Contratación – Ley 80 de 1993 – por cuanto su expedición es posterior, y es posible que exista conflicto normativo derivado del ámbito de validez, ya sea por invasión de una norma presuntamente reservado a otra o por la existencia al interior del ordenamiento jurídico de normas con sentido contrapuesto o contradictorios, llamados antinomias (Piccato, 2006).

Es así que cuando se presenta el “conflicto de leyes” cada vez que una relación jurídica contiene dos o más elementos que la vinculan con dos o más sistemas jurídicos. Y para ello es necesaria la determinación del derecho aplicable para resolver la relación jurídica en la cual existe por lo menos un elemento extraño.

Uno de esos conflictos se da en el ámbito temporal, en la cual dos normas del mismo rango legal se consideran vigentes, teniéndose como solución dos principios básicos que son:

- Lex posterior derogat priori, es decir, la ley posterior deroga la ley anterior. (artículo 3 Ley 153 de 1887)
- Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali, la ley especial prevalece sobre la ley general (artículo 2 Ley 153 de 1887)

No obstante, cuando exista conflicto entre dos normas de distinto rango legal, se dispone que la norma de rango superior prevalece sobre la norma de rango inferior, en razón del principio de jerarquía normativa, como lo ha manifestado la Corte Constitucional (2000)

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. (...) La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. (§ 5)

En términos generales podemos afirmar que la Ley 7 de 1979 no engendra ningún conflicto normativo con la Ley 80 de 1993, por cuanto son normas que en materia de contratación no son incompatibles, así mismo entre los decretos reglamentarios de la Ley 7 de 1979 (Decreto 2388 de 1979, decreto 2923 de 1994, decreto 2150 de 1995 y decreto 1529 de 1996) con el Estatuto General de Contratación Pública.

Sin embargo, cuando se analiza el acto administrativo que expide el Manual de Contratación del ICBF, se presentan ciertas inconsistencias desde el ámbito material como sustancial del mismo.

Inicialmente, se observa que la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, alega como fundamentos de derecho el artículo 211 de la Constitución Política, artículo 12 de la Ley 80 de 1993, artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 8.1.11 del Decreto 734 de 2012, para sustentar la facultad de regulación contractual a través de un acto administrativo (Resolución No. 2690 de junio 14 de 2012).

Al estudiar las citadas normas podemos extraer una coincidencia normativa, respecto a la delegación de funciones:

- Constitución Política, artículo 211: Señala la delegación de funciones a ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine.
- Ley 80 de 1993, artículo 12: establece la delegación total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”
- Ley 1150 de 2007, artículo 21: indica que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedaran exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.
- Ley 489 de 1998, artículo 9: Señala que las autoridades administrativas, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

- Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.11: Indica que todas las entidades estatales deberán contar con un manual de contratación en el que se señalen las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración de funciones, así como las que se derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual

Estas prerrogativas legales a nuestro juicio no legitiman al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para regular autónomamente la Contratación de Aporte, por cuanto todo tipo de contratación deberá realizarse conforme a las modalidades de selección que previamente el Legislador ha establecido en la Ley 1150 de 2007, y que es competencia reservada, de conformidad con el artículo 150 Superior, los cuales son:

- Licitación Pública
- Selección Abreviada
- Concurso de Méritos
- Contratación Directa

Aunado a lo anterior, la Constitución de 1991 no permite que el Gobierno Nacional se le confiera facultades extraordinarias para expedir este tipo de estatutos (Borja. 2009)

Ahora bien, es pertinente resaltar que con la expedición del decreto 2150 de 1995, subsanó la ilegitimidad existente respecto de la contratación directa como modalidad de selección en el régimen de aporte, teniendo en cuenta que los Decretos – Leyes, aquellos que por vocación de ley en un sentido material, expide el Presidente de la República en ejercicio de las facultades legislativas de las que en principio carece y que le han sido conferidas en forma previa y pro tempore por el Congreso (Rodríguez, 1994), y su condición de ser normas con fuerza de ley, pese a no ser dictados formalmente por el Congreso, los coloca en un mismo nivel de jerarquía que el de la leyes dentro de nuestro sistema de fuentes (Blanco, 2013).

Es así que el Decreto Ley, solo suscribió la modalidad de contratación sin haber creado uno nuevo, no obstante, las otras dos modalidades consagradas en la Resolución 2690 de junio 14 de 2012: la Convocatoria Pública y la Convocatoria Pública con lista de habilitación de Oferentes, no tienen un claro soporte legal que permita aplicarse como selección de sus contratistas.

Si bien, el Decreto 734 de 2012, derogado actualmente por el Decreto 1510 de 2013, prescribe que todas las entidades estatales expidan un Manual de Contratación, en su articulado solo hace referencia a las funciones y tareas que se pueden delegar para realizar las contrataciones, teniendo en cuenta que esta potestad solo la pueden ejercer los representantes legales de las entidades.

Las potestades reglamentarias, son consideradas las pertinentes para desarrollar una materia en términos generales, impersonales y abstractos (Blanco, 2013)

Es así que se encuentran reglamentos de la Constitución, reglamentos de la Ley y reglamentos de normas superiores en cualquier escala del sistema jurídico, siempre que tales reglamentos sean generales y abstractos (Moncada, 2007).

También es necesario resaltar que doctrinalmente el vocablo “Ley” está constituido por dos acepciones en sentido estricto o material, respecto a la forma y el cuerpo que la crea siendo el Congreso de la República, artículo 150 constitucional (Blanco, 2013); y en sentido flexible o sustancial, haciendo referencia el Consejo de Estado (citado por Superintendencia Financiera, 1998):

A que no se reduce al acto que expide el Congreso nacional con este nombre, sino que comprende todos los preceptos de las autoridades y corporaciones que tiene la facultad de crear normas, sobre determinadas materias, como los reglamentos que expide el Gobierno, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Consejos, etc. (¶ 38)

La Ley, en todo su contexto jurídico, goza de unas características comunes esenciales para determinar la importancia que tiene dentro del ordenamiento jurídico colombiano: (i) su fuerza, que puede ser activa, entendida como capacidad para modificar o derogar normas de igual o inferior jerarquía, y pasiva, con lo cual se quiere significar la incapacidad de otras normas para derogarlas, salvo que tengan un escalafón normativo de mayor valía; (ii) su rango, el cual indica su posición dentro del sistema de fuentes y en especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano y (iii) sus límites, que son básicamente los derechos fundamentales, las garantías institucionales, las normas constitucionales y en general el bloque de constitucionalidad y los derechos adquiridos (Blanco, 2013).

Las anteriores consideraciones permiten llegar a la conclusión que un decreto expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por parte del Congreso, puede desarrollar normativamente una materia que en sentido estricto de la palabra es competencia exclusiva del legislador, conforme a las disposiciones constitucionales, por cuanto tiene su mismo rango normativo y puede crear, modificar o derogar una situación jurídica legal, como es la Ley 80 de 1993.

No obstante, los decretos reglamentarios solo deben supeditarse a desarrollar de manera general una materia ya suscrita y definida por la ley, así mismo sucede con los actos administrativos; de lo que se infiere que el Manual de Contratación del ICBF, suscrito mediante la Resolución No. 2690 de junio 14 de 2012, no es legítimo para determinar el contenido de modalidad de contratación en el Régimen de Aportes.

LA APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO DE APOORTE

Cualquier contrato que suscriba una entidad pública se celebra para el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, considerándose al contratista como un colaborador de la Administración (Jeze, 1950), por lo cual el interés particular deberá ceder sobre el general.

Para ello, la Ley reconoce a la Administración unas prerrogativas denominadas “clausulas exorbitantes”, las cuales le permiten imponer unilateralmente su voluntad en la relación contractual (Dussan, 2005), bajo el mismo sentido la Corte Constitucional (2001 citada por Corte Constitucional 1999), sostuvo:

El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se devuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La Ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general. (¶ 89)

Es así que, las clausulas exorbitantes son mecanismos que pueden utilizar las entidades estatales para procurar el cumplimiento del objeto contractual. Por lo tanto hacen parte integral de la naturaleza del contrato y en consecuencia le pertenecen sin necesidad de estipulación expresa (Borja, 2009). Sin embargo, también se considera que no tienen carácter contractual sino que son verdaderos “poderes” de la Administración, dado que su origen no está en el contrato sino en la

Ley y, por lo tanto carecen completamente del elemento de voluntariedad pues, como la misma ley dispone, se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente (Dussan, 2005).

En la vigencia del decreto 222 de 1983, por medio del cual se expidió normas sobre Contratos de la nación y sus entidades descentralizadas, estas cláusulas eran contempladas como principios de terminación, modificación e interpretación unilateral de aplicación obligatoria para todos los contratos administrativos (artículo 18).

Partiendo que el contrato de aportes, tiene su sustento jurídico en el Decreto 2388 de 1979, en sus artículos 123 a 129, el cual se encuentra vigente, es menester resaltar que esta norma remitía al Decreto 222 de 1983, cuando hacía referencia que los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo (Decreto 2388 de 1979, artículo 128), por cuanto el contenido de este tipo de contratos estaba regulado por esta norma.

En el citado estatuto de contratación de 1983, se definía la aplicación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales aplicables de manera obligatoria para todos los contratos administrativos (Decreto 222 de 1983, artículo 18), por lo que era así factible ya que los contratos de aporte, tenían su sustento jurídico en esta norma para aplicar las cláusulas exorbitantes como herramienta para el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Sin embargo, es dable enfatizar que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las reglas contractuales variaron sustancialmente.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dispuso la existencia de circunstancias de hecho o de derecho que no imponían la necesidad de pactar estas cláusulas exorbitantes (Borja, 2009, p. 107), por lo cual el legislador señaló tres grupos en los cuales dependerá su aplicación:

Contratos en los cuales es legalmente obligatorio la inclusión de las cláusulas exorbitantes, hace referencia a:

Contratos cuyo objeto constituye monopolio estatal

Contratos de prestación de servicios públicos

Contratos de explotación y exploración de bienes

Contratos de obra

Contratos en los cuales se encuentra prohibido pactarlas, estos son:

Contratos celebrados con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia.

Contratos interadministrativos

Contratos de empréstitos

Contratos de donación

Contratos de arrendamiento

Contrato de actividades comerciales o industriales

Contratos de actividades científicas o tecnológicas

Contratos de seguro

Contratos en los cuales previamente la ley autoriza su inclusión pero no las impone,
siendo:

- Contratos de prestación de servicios
- Contratos de suministro

Existe la inquietud, respecto de los demás contratos que no se encuentran incluidos en estas clasificaciones, para lo cual existe el interrogante si las cláusulas exorbitantes son aplicables o no de forma obligatoria sobre aquellos contratos que no están incluidos de manera expresa dentro de los tres grupos anteriormente mencionados.

Para dar una posible respuesta a este interrogante, el Consejo de Estado (2006), configura la existencia de un grupo adicional en el cual la aplicación de las cláusulas exorbitantes no

pueden pactarse por cuanto el legislador no ha establecido su obligatoriedad, para ello sostiene que:

Advierte la Sala que, en vigencia de la ley 80 de 1993, norma bajo la cual se suscribió el presente contrato, existen tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente. En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas “cláusulas virtuales” (...) Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. (...) El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen (...) En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales (§ 9) (Subrayado fuera de texto)

(...) este tipo de poderes requiere, cundo menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas – por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común- y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos

administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. (§ 13)
(Subrayado fuera de texto)

De este modo, se concluye que no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.

De los apartes anteriores, se podría colegir que el Contrato de Aportes, al no contemplarse en los tres grupos iniciales de manera expresa, estaría siendo definido como un contrato de la cuarta categoría, en los cuales el Consejo de Estado considera que no son aplicables las cláusulas exorbitantes.

Teniendo en cuenta que el Contrato de Aportes, no ha tenido un desarrollo legal sino jurisprudencial, como se sostuvo en el primer capítulo de este trabajo, es necesario retomar la naturaleza del mismo que a la luz del Consejo de Estado (1996), se trata de un contrato atípico, reiterando con mayor precisión que son contratos que encajan dentro del cuarto grupo planteado anteriormente.

Sin embargo, como se ilustró en el acápite anterior, el régimen especial de aporte, se encuentra regulado integralmente con la Resolución No. 2690 de junio 14 de 2012, expedida por la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En dicha norma, se desarrolla en su título III denominado Fase Contractual, que corresponde a la celebración y ejecución del objeto del contrato o convenio. Dicha etapa comprende la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato (Manual de Contratación ICBF, 2012, p. 73).

Y a su vez, en el numeral 21.10 al 21.14, de la citada resolución, el ICBF, determina que las cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y que son desarrolladas expresamente en los artículos 15 al 18 de la ley en referencia.

Si bien, como se ha ilustrado en el desarrollo de esta investigación los contratos de aportes ha tenido poco desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, optamos por introducir los elementos necesario que coadyuven a concluir la legitimidad o no en la aplicación de las cláusulas exorbitantes que actualmente se utilizan en el régimen especial de aportes.

Todo lo anterior puede ir determinando como conclusión que el contrato de aporte es un contrato atípico, que jurisprudencialmente se encuentran contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estos a su vez se consideran excluidos de su aplicación las “potestades excepcionales” como lo sostiene el Consejo de Estado (2004) toda vez que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 sólo permite que se incluyan de manera obligatoria o potestativa en algunos contratos enumerados taxativamente y dentro de los cuales no están los contratos atípicos (Ronderos, 2011). Y aunque exista un acto administrativo, denominado Resolución No. 2160 del 14 de junio de 2012, expedido por el ICBF, este no es una norma legítima que pueda suplir la potestad legislativa del Congreso de la República o del Presidente de la República (decretos extraordinarios) para definir la autorización expresa de la aplicación de las facultades exorbitantes.

Se debe recordar que aunque el sustento legal para la expedición de la Resolución del ICBF, hace referencia a la autorización legal que tienen los representantes legales a través de la delegación de funciones, esta no se considera legítima por cuanto la potestad reglamentaria que tienen las autoridades superiores no tienen fuerza de ley y tampoco la norma expedida con base en estas facultades de delegación, elevan un acto administrativo al mismo rango jurídico de la ley, en el sentido estrictamente material, que es la connotación jurídica que sustenta el Consejo de Estado.

CONCLUSIÓN

La existencia de innumerables normas que regulan la contratación pública colombiana, ha generado confusiones en su aplicación por las autoridades administrativas, por cuanto en muchas ocasiones la premisa de la autonomía en la voluntad de las partes, puede llegarse a considerar la autorización a contratar sin tener en cuenta muchos principios del Estatuto General de Contratación Pública.

Como se observó en el desarrollo de esta investigación, el régimen de aportes, ha sido uno de esas normativas especiales que se desarrollaron con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 y a la Ley 80 de 1993, cuyo desarrollo legislativo se ha dado a través de decretos reglamentarios y actos administrativos que van en contra de los postulados establecidos en estas nuevas leyes.

La Resolución No. 366 del 29 de enero de 2013, que modifica la resolución No. 2690 del 14 de junio de 2012 la cual derogó parcialmente la resolución No. 2111 del 3 de junio de 2011, son actos administrativos que desarrollan el procedimiento a seguir en la adjudicación de los contratos de aportes, para lo cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aduciendo las facultades de delegación que otorga la ley y la Constitución, se auto-delega la función de reglamentación de los contratos de aportes.

Para ello, se concluyó que esta facultad es ilegítima por cuanto el ordenamiento jurídico colombiano no permite delegar las funciones del Presidente de la República para reglamentar materias que son de competencia exclusiva conforme a la Constitución Política.

Ahora bien, los regímenes especiales se han considerado cuando su regulación no está supeditada a los postulados de la Ley 80 de 1993, sino que todo su contenido lo especifica la ley en forma particular, en este caso la Ley 7 de 1979, que dichas disposiciones hacían remisión expresa al Decreto 150 de 1979, el cual posteriormente fue derogado por el Decreto 222 de 1983.

En ese periodo, las cláusulas excepcionales estaban contempladas de manera expresa por los decretos 150 de 1979 y 222 de 1983, como potestades exclusivas de la administración para hacer cumplir el objeto del contrato, si estaban reguladas por estas normas de forma puntual como principios rectores de la contratación, las cuales deben ser aplicadas de forma obligatoria en todos los contratos administrativos suscritos por el Estado.

No obstante, con posterioridad a 1993, este tipo de potestades han sido consideradas potestativas, obligatorias y prohibidas en algunos contratos públicos, que han sido tasados de forma expresa para que no exista confusión alguna en su aplicación.

Ahora bien, aunque los contratos atípicos, como es la naturaleza del contrato de aporte, no se encuentra dentro de esa lista, si ha sido incluido como un contrato en el cual no se pueden aplicar las cláusulas excepcionales, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones previas, es necesario concluir que la normatividad que regula el contrato de aportes, se encuentra ilegítima respecto del ordenamiento jurídico colombiano que regula la contratación pública, sin embargo es necesario inferir que dichas facultades extraordinarias deben ser incorporadas de manera obligatoria en este tipo de contratos, por cuanto son de suma importancia para el cumplimiento de los fines estatales.

Por lo tanto, la principal proposición que surge de esta investigación es la necesidad de modificar la ley 80 de 1993, con la finalidad de incluir dentro del grupo a través del cual se establece de forma obligatoria los contratos de aporte, como régimen especial en el cual deben aplicarse las cláusulas exorbitantes, como una forma de legitimidad de la práctica que actualmente se desarrolla en este tipo de contratación por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

ENFOQUE METODOLOGICO

La presente investigación se tiene un enfoque socio – jurídico, cuyo desarrollo se circunscribe a ser descriptivo – inductivo, por cuanto su contenido se enfatiza a detallar la regulación normativa que soporta los contratos de aporte, con el fin de establecer la legitimidad de sus reglas de aplicación dentro del régimen especial de contratación en el derecho colombiano.

REFERENCIAS

- Arrubla Paucar, J.A. (2004). *Contratos mercantiles*. Tomo II. Contratos Atípicos. Editorial Dike.
- Benavides, J.L. (2004) *El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur Cuartas, J. (1993) *Nuevo Estatuto de la Administración Pública*. Colombia, Bogotá: Biblioteca Jurídica.
- Borja Avila, R. (2009) *Estudios Jurídicos sobre Contratación Estatal*. Colombia, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Camacho López, M.E. (2005) Régimen Jurídico aplicable a los Contratos Atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista E-Mercatoria*. 4(1), 1 – 33. Bogotá, Colombia, Disponible en: <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen4/pdf01/regimen.pdf>
- Castro Ruiz, M. (2006) *Contrato de Licenciamiento de Software*. En Marcela Castro Ruiz... [Et al] *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. Cámara de comercio de Bogotá. Colombia, Bogotá. Editorial Kimpres Ltda.
- Chulia Vincent, E. y Beltrán Alandente T. (1999) *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Tomo I. España, Barcelona. Ed. José María Bosch Editor.
- Contraloría General De La República. Concepto No 80112- 2007EE245 del 3 de enero de 2007
- Dávila Vinuesa, L.G. (2003) *Régimen jurídico de la contratación estatal: Aproximación crítica a la ley de 1993*. Colombia, Bogotá: Editorial Legis.
- Dromi, R. (1995) *Licitación pública*. Argentina, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dussan Hitscherich, J. (2005) *Elementos del Contrato Estatal*. Colombia, Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

- Farina, J.M. (2005) *Contratos comerciales moderno modalidades de contratación empresarial Tomo I*. Argentina, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Garrido, R. F. y Zago, J. A. (2002) *Contratos Civiles y Comerciales*, Tomo I, Parte General. Argentina, Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Gete-Alonso, M.C. y Calera. (1979) *Estructura y función del tipo contractual*. España, Barcelona: Bosh Casa Editorial S.A
- Instituto Colombiano De Bienestar Familiar. (2012) *Manual de Contratación*. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/MANUAL_CONTRATACION.pdf
- Jéze, G. (1950). *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo IV *Teoría General de los Contratos de la Administración*. Argentina, Buenos Aires: Editorial De Palma Buenos Aires.
- Lamprea Rodríguez, P.A. (2007) *Contratos Estatales*. Colombia, Bogotá: Editorial Temis.
- Matallana Camacho, E. (2013) *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Messineo, F. (1959) *Doctrina general del contrato*. Argentina, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Moreno Reales J. (2013) *Contrato de aportes contemplado en el art. 21 de la ley 7 de 1979* (Tesis de especialización) Universidad La Gran Colombia, Bogotá, Colombia.
- Pachón Lucas, C. (2012) *Contratación Pública*. Colombia, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Palacio Hincapié, J.Á. (2003) *La contratación de las entidades estatales*. Colombia, Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.
- Palacio Hincapié, J.Á. (2006) *Régimen Contractual Colombiano de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Mixtas*. Colombia, Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

- Palacio Jaramillo, M. T. (2004) *Clausulas excepcionales*. *Revista de derecho Público*, 17, 101 – 110. Disponible en: http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub147.pdf
- Palacio, R. S. (2010) *El Ejercicio de los poderes del Estado en el contrato estatal* ll. en De vivero Arciniegas Felipe, compilador. *Reforma al régimen de contratación estatal*. Colombia, Bogotá: Universidad de los Andes
- Peñaranda, L.R. y Gualdron, J.A. (2009) *Análisis de las modificaciones a la Ley 80 de 1993. Gerencia e Interventoría de Obras Civiles*. Colombia, Bucaramanga: Universidad Pontificia Bolivariana. Bucaramanga.
- Pino Ricci, J. (2005) *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Restrepo Medina, M. A. (2002) *La Adecuación del Derecho Administrativo al Estado Contemporáneo*ll. *Estudios Socio Jurídicos*, 2. Colombia, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rico Puerta, L. A. (2012) *Teoría General y Practica de la Contratación Estatal*. Colombia, Bogotá: Editorial Leyer.
- Rodríguez R., G. H. (1994) *Nuevos Contratos Estatales: Comentarios a la ley 80 de 1993 con doctrinas y jurisprudencias*. Colombia, Bogotá: Editorial Jurídicas Wilches.
- Ronderos Botero, J A. (2011) *Contratos Atípicos de las Entidades Descentralizadas del orden nacional sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública* (tesis de maestría) Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2752/80034181-2012.pdf;jsessionid=5F552124D73956895919F4F78B8AF962?sequence=1>

Salcedo Flores, A. (2013) *Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación*. Revista Análisis Internacional. 7, 251 – 270. Disponible en: <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870/882>

Superintendencia Financiera de Colombia, Conceptos Boletín 07 de julio 1998. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=38959>

Vega Archibold, G. (2012) *Los contratos atípicos frente a la autonomía de la voluntad privada y su régimen jurídico aplicable*. (Tesis de Pregrado) Universidad de San Buenaventura. Santiago de Cali, Colombia.

Vidal Perdomo, J. (2005) *Derecho administrativo*. Colombia, Bogotá, Editorial Legis.

Yucuma Carvajal. C.M. (2012) *Procedencia en la configuración de contratos atípicos en la Nación – Superintendencias sin Personería Jurídica y la Nación – Unidades Administrativas Especiales sin Personería Jurídica sujetas al Estatuto de Contratación Estatal*. (Tesis de Maestría), Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, Colombia.

Jurisprudencia:

Consejo De Estado

Consejo De Estado (2016) Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección B Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá D.C., 30 de junio de 2016 Expediente: 33130

Consejo de Estado (2011), Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Expediente: 2001 - 01546

Consejo de Estado (2010), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Consejero Ponente: Enrique gil Botero, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre treinta (30) de dos mil seis (2006), C.P. Alier Hernández, radicado No 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832),

Consejo de Estado, (1996) Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio.

Corte Suprema De Justicia

Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J., Diciembre 13 de 2002

Sentencia CSala de Casación Civil, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Octubre 22 de 2001

Corte Constitucional

Sentencia C – 400 de 1999. Mag. Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T- 1341 de 2001, Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia C- 037 de 2000, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa